



Data pubblicazione 03.02.2014

## **Diritti fondamentali e processi (a volte incompiuti...) di concretizzazione: il caso del diritto alla conoscenza dell' origine biologica nella giurisprudenza costituzionale tedesca ed italiana.**

di

Vincenzo Baldini<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. Premessa. Diritti fondamentali e “processi” di concretizzazione. 2. Il diritto alla conoscenza della paternità biologica nella giurisprudenza di merito tedesca: termini e i riferimenti normativi della fattispecie concreta giudicata. 3. Il ricorso diretto al giudice costituzionale federale e gli esiti della decisione. 4. Il diritto alla conoscenza della paternità biologica quale diritto condizionato dal punto di vista procedurale. 5. La concretizzazione del diritto alla conoscenza della identità biologica in una recente decisione del giudice costituzionale italiano. 6. Immediatezza della tutela costituzionale e diritti dipendenti dalla legge: un ossimoro costituzionale ?. 7. Diritti condizionati e teoria dell' idoneità funzionale: una base argomentativa “a doppia lettura”. 8. La sentenza come atto di concretizzazione dei diritti condizionati. Aspetti problematici di una ipotesi ricostruttiva. 9. Conclusioni.

### *1. Premessa. Diritti fondamentali e “processi” di concretizzazione.*

L' evolversi dell' esperienza sociale, che genera un pluralismo di istanze ed interessi concorrenti, tutti dotati di rilievo costituzionale, costituisce una premessa fondamentale della questione relativa alla concretizzazione dei diritti fondamentali. La forza immediata del vincolo giuridico che questi ultimi sono in grado di determinare nei confronti di tutti i poteri dello Stato, discendente dal dettato costituzionale, reclama, in principio, una piena tutela delle corrispondenti posizioni giuridiche soggettive facenti capo al singolo individuo. Nondimeno, siffatta efficacia garantista appare mitigata e condizionata dalla necessità che l' attuazione di tali diritti si realizzi attraverso, in primo luogo, l' intervento del legislatore ordinario. Ciò vale sia con

---

<sup>1</sup> Ordinario in Diritto Costituzionale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

riguardo ai cd. diritti condizionati, la cui forza tende a correlarsi in modo necessario ed indefettibile all' esistenza di una disciplina procedurale e/o organizzativa (v. *infra*), sia, anche, per i diritti non condizionati, in relazione alla necessità, con riguardo ad una fattispecie determinata, di definire un contemperamento tra istanze concorrenti, titolari del medesimo diritto o di diritti comunque equivalenti. In tal senso, l' effettività di un diritto postula la previsione di condizioni e modalità di esercizio nell' ottica di un ragionevole bilanciamento con altri interessi, del pari meritevoli di una pari tutela. Ad ogni modo, il condizionamento che alla concretizzazione dei diritti pone l' esigenza di una previa regolamentazione legislativa comporta, di conseguenza, il rischio di una sospensione della loro efficacia, fin quando manchi siffatta regolamentazione.

Sotto il fuoco dell' attenzione cade, dunque, la configurazione della concretizzazione come processo integrato e diacronicamente ordinato, comprendente distinte e successive espressioni normative, il quale trova esito, in fine, con l' applicazione in sede giurisdizionale dei diritti in questione. In tale prospettiva, l' esistenza di una generale disciplina, di tipo procedurale e/o organizzativo, si atteggia a presupposto della tutela connessa al diritto, anche ai fini della decisione di un caso singolo pendente davanti al giudice di merito.

Il presente contributo trae le mosse, in particolare, da una decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco, a cui fa da *pendant* una recente sentenza della Corte costituzionale italiana, in materia di diritto fondamentale all' identità biologica. In entrambi i pronunciamenti rileva chiaramente l' efficacia condizionante della previa disciplina legislativa, con l' effetto di rendere nella sostanza, fino all' intervento del legislatore democratico, non suscettibile di concretizzazione il diritto in parola.

*2. Il diritto alla conoscenza della paternità biologica nella giurisprudenza di merito tedesca: termini e i riferimenti normativi della fattispecie concreta giudicata.*

La questione esaminata dal Tribunale costituzionale federale ha avuto riguardo alla utilizzabilità o meno, nel corso di un procedimento di contestazione della paternità di un esame peritale del DNA svolto senza il necessario consenso del figlio diretto interessato, né di sua madre quale suo rappresentante legale), finalizzato esclusivamente ad accertare la vera paternità biologica di quest' ultimo, senza che tale

esito potesse avere implicazioni sullo status di figlio legittimo. Essa, pertanto, ha investito pregiudizialmente l' idoneità della procedura intrapresa a realizzare (anche) l' effetto mirato e così, l' esistenza o meno in capo al padre legittimo, secondo il diritto vigente, di una sufficiente possibilità di accertare la vera paternità biologica.

La normativa civilistica (art. 1592 BGB) statuisce una presunzione di paternità in favore del marito della madre<sup>2</sup>, prevedendo che in caso di dubbi sulla effettiva paternità biologica tanto colui che ha riconosciuto la paternità quanto chi presuntivamente sia risultato secondo la legge il padre legittimo possono attivare il procedimento di contestazione della paternità (*Vaterschaftsanfechtungsverfahren*), ex art. 1600, comma 1, nr. 1, BGB davanti al giudice competente per materia (*Familiengericht*), entro il termine di due anni dal momento in cui il ricorrente-genitore ha appreso circostanze che mettono in dubbio la sua paternità (anche) biologica. L' accertamento negativo della paternità biologica determina, come esito della procedura intrapresa, la cessazione della paternità legittima per dichiarazione del giudice e, con essa, di tutti gli oneri familiari conseguenti finora assolti dal (non più) padre legittimo (art. 1599, comma 1, BGB). Mancava tuttavia (all' epoca del pronunciamento del *Bundesverfassungsgericht*) la regolamentazione di una procedura finalizzata al solo accertamento della paternità biologica del figlio legittimo, senza ulteriori conseguenze sullo status di figlio legittimo. Di conseguenza, il diritto fondamentale del padre ad ottenere un siffatto accertamento, per quanto formalmente riconosciuto, risultava ineffettivo.

Nel caso di specie il ricorrente, subito dopo la nascita del figlio (1994), ne aveva formalmente riconosciuto la paternità in quanto, durante il periodo (giuridico) di concepimento, aveva intrattenuto relazioni sessuali con la madre del bambino e conviveva, dopo la nascita, con il figlio e sua madre (unica legittimata alla cura del bambino fino agli inizi del 1997) in uno stato di fatto, non formalmente coniugale. Nel 2001 egli aveva per la prima volta avanzato ricorso per contestazione di paternità, basandolo su una perizia che attestava una sua capacità di procreazione ridotta al 10%.

---

<sup>2</sup> Secondo l' art. 1592 BGB è ritenuto padre chi, al tempo della nascita, era sposato con la sua madre (nr. 1), o colui che ha riconosciuto tale paternità (nr. 2). In fine, colui la cui paternità è stata riconosciuta in via giudiziaria secondo le previsioni dell' art. 1600, lett. d), BGB o art. 640, lett. h) comma 2, ZPO (*Zivilprozessordnung*) (nr. 3). In ogni caso, il riconoscimento di paternità richiede il necessario consenso della madre (art. 1595, comma 1, BGB).

I giudici di merito ritennero tale perizia non idonea, tuttavia, a sollevare dubbi sulla paternità del ricorrente.

L' anno successivo il ricorrente si procurò, da un laboratorio privato, all'insaputa della madre, una perizia di diagnosi genetica formulata utilizzando, al riguardo, la sua saliva ed un *chewing-gum* masticato dal bambino. Ottenuta la conferma di non poter essere il padre biologico del bambino, presentò un nuovo ricorso fondandolo sugli esiti della seconda perizia. Ma il giudice competente in materia familiare rigettò anche il secondo ricorso (sent. del 4 marzo 2003) in considerazione del fatto che siffatta perizia di accertamento della paternità era stata condotta senza il necessario consenso dell' interessato e/o di sua madre. Ciò aveva prodotto una violazione del diritto fondamentale del bambino all' autodeterminazione in materia di divulgazione ed utilizzo dei propri dati sensibili, della legge federale in materia di tutela dei dati nonché della potestà genitoriale della madre. In quanto illegittima, la perizia non era utilizzabile, pertanto, nel corso del giudizio di contestazione della paternità. Tale decisione fu confermata anche dal giudice di II grado, a cui il ricorrente si era appellato (sentenza del 29.10.2003).

Il giudice di appello contestò l' idoneità dell' esame biologico svolto a mettere in dubbio la paternità del ricorrente, mancando ogni accertamento sull' identità delle persone sottoposte all' esame di laboratorio. Inoltre, fu ribadita l' illegittimità dell' esame svolto in segreto e senza il consenso degli interessati, con corrispondente lesione del diritto alla riservatezza dei dati personali del bambino, inteso quale risvolto specifico del più generale diritto di tutela della personalità. Il bilanciamento tra quest' ultimo diritto e quello del padre legittimo a sapere se fosse anche il padre biologico non avrebbe dovuto comportare senz' altro una prevalenza di quest' ultimo<sup>3</sup>.

In fine la Cassazione tedesca rigettò l' istanza di revisione del precedente giudizio (sent. del 12 gennaio 2005) sostenendo, tra l' altro, che il rifiuto della madre di

---

<sup>3</sup> Che il diritto del genitore all' accertamento della paternità biologica non risulti superiore al correlativo diritto del figlio alla riservatezza dei propri dati personali appariva dimostrato dal fatto che il suo esercizio, nel corso del procedimento di contestazione della paternità, è limitato da precisi termini di decadenza; il diritto del figlio di opporsi all' acquisizione ed utilizzazione di propri dati personali, di contro, non è sottoposto ad alcun limite temporale. Del resto, il legislatore, nella riforma del diritto di filiazione il legislatore avrebbe optato, secondo quel giudice, per non riconoscere al genitore la possibilità di accertare in ogni tempo la derivazione biologica del proprio figlio legittimo.

acconsentire al test privato sulla paternità biologica del figlio non giustificasse alcun sospetto circa l'imputazione della stessa al padre legittimo. In generale, poi, il diritto fondamentale del figlio alla riservatezza dei dati personali risulta pregiudicato qualora tale rifiuto della madre legittimi *ex sé* l'avvio di un procedimento di contestazione della paternità, con la conseguenza di rendere pubbliche, anche contro la volontà dell'interessato, quei dati sensibili che siffatto diritto tende, invece, a proteggere. Il rifiuto della madre di acconsentire all'utilizzo di informazioni acquisite in modo segreto e, come tali, illegittime non può essere inteso come legittima condizione per l'avvio di un siffatto procedimento. Se la legge prevede un obbligo di sottoporsi ad un'analisi intesa ad accertare la paternità biologica di un figlio solo in presenza di determinati presupposti, il rifiuto della madre non può valere al fine di far ritenere presuntivamente sussistenti i presupposti richiesti.

D'altro canto, la presentazione di una perizia sul DNA acquisita segretamente non equivale alla rappresentazione di circostanze che possono sollevare un iniziale sospetto circa la paternità biologica del figlio. Anche se il materiale genetico su cui è stata svolta l'analisi deriva effettivamente dalle parti interessate, tale perizia non integrerebbe un mezzo di prova, né potrebbe essere acquisita come relazione di parte nel procedimento per la contestazione di paternità.

Nell'ambito materiale di tutela del diritto fondamentale di un figlio a conoscere la propria discendenza biologica andrebbe ricompreso, secondo il *Bundesgerichtshof*, anche il diritto alla non conoscenza. Il diritto di ogni uomo, di rendere possibile un'analisi del proprio DNA soltanto previo consenso dello stesso interessato, trova garanzia anche nell'art. 8 CEDU.

In linea con quanto già sostenuto nei precedenti gradi di giudizio, anche la Cassazione tedesca ribadì, nella circostanza, una sorta di equivalenza tra il diritto del figlio alla riservatezza dei propri dati e l'interesse del genitore legittimo ad accertare (anche) la paternità biologica. Il primo, pertanto, il cui fondamento normativo si rinviene nell'art. 2, comma 1, in combinato disposto con l'art. 1 comma 1 GG, può essere limitato solo per il superiore interesse generale, in ogni caso nel rispetto del principio di proporzionalità.

Il diritto del genitore alla conoscenza della paternità, anche se equivalente a quello del figlio, non attribuisce al primo il potere di procurarsi effettivamente e comunque

tale conoscenza ma quest' ultima deve essere resa possibile soltanto nella forma (presupposti, modi e tempi) previsti da un' apposita regolamentazione legislativa.

### 3. Il ricorso diretto al giudice costituzionale federale e gli esiti della decisione.

In fine, il tribunale costituzionale federale tedesco respinse il ricorso presentato dall' interessato (*Verfassungsbeschwerde*) confermando l' inutilizzabilità della perizia sul DNA del figlio acquisita segretamente e, come tale, illegittima. Nel contempo, però, la Corte adita ebbe a censurare la carenza di una via procedurale relativa all' apertura di un procedimento, ad iniziativa del padre legittimo, finalizzata unicamente all' accertamento della derivazione genetica del proprio figlio legittimo (senza, dunque, una contestazione di siffatta paternità legittima) in quanto tale carenza implicava la violazione dell' art. 2 comma 1 in combinato disposto con l' art. 1 comma 1 GG.

Le motivazioni a sostegno della decisione, le quali espongono, essenzialmente, gli esiti del bilanciamento tra diritti concorrenti relativi al caso di specie, possono essere condensate in alcuni punti essenziali, a partire dall' affermazione di principio che il diritto al libero sviluppo della personalità e la tutela della dignità umana, nel combinato disposto degli artt. 2 comma 1 e 1 comma 1 della Legge fondamentale, assicurano al singolo un' autonoma sfera di organizzazione della vita privata, in cui il primo egli può sviluppare e tutelare la propria individualità.

Nell' ambito materiale di tutela connesso al diritto della personalità in combinato con la tutela della dignità umana rientra senz' altro il diritto del bambino alla conoscenza delle proprie origini biologiche, come quello del marito a conoscere la derivazione biologica di un figlio legittimo<sup>4</sup>. Quest' ultimo diritto, a propria volta, esige per la sua concretizzazione di avere a disposizione una via giuridica attraverso cui poter giungere a chiarire ed accertare la effettiva paternità biologica del figlio, senza che tale accertamento produca effetti sul rapporto di filiazione legittima.

---

<sup>4</sup> Secondo il *Bundesverfassungsgericht*, comprensione e sviluppo della "individualità" vengono a trovarsi in una stretta connessione funzionale con la conoscenza di quei fattori che risultano costitutivi di siffatta individualità "sociale", che anche dal punto di vista genealogico mette in relazione il singolo con altre persone e che, come tali ricadono pertanto nello spazio di tutela del suddetto combinato disposto. Di conseguenza, anche i diritti suddetti trovano copertura costituzionale nell' ambito del citato combinato disposto.

Il diritto della personalità, se non giustifica (come rilevato anche dal *Bundesgerichtshof*) alcuna pretesa a procurarsi comunque le conoscenze volute, nondimeno assicura una tutela giuridica contro il rifiuto delle informazioni richieste. Ma, per rendersi effettiva, siffatta tutela esige che il legislatore predisponga una via procedurale attraverso cui l'interessato venga autorizzato ad accedere alle informazioni che gli sono state rifiutate e che sono necessarie per arrivare a determinare la conoscenza della paternità biologica del figlio (le quali oggi si condensano essenzialmente nell'esame del DNA).

In ogni caso, il diritto fondamentale al libero sviluppo della personalità -ex art. 2, comma 1, in combinato con l'art. 1, comma 1, GG- da cui discende anche il diritto alla conoscenza della identità biologica del proprio figlio legittimo non è tutelato senza limiti, ma può esercitarsi unicamente nel quadro dell'ordinamento costituzionale. Tale diritto appare bisognoso di un'attuazione legislativa che non persegua scopi costituzionalmente illegittimi e non si ponga in contrasto con il principio di proporzionalità. Ma una sua violazione potrebbe derivare anche dall'inerzia del legislatore, il quale ometta di disciplinare una procedura idonea a consentire di realizzare l'istanza paterna di conoscenza di detta identità biologica.

Il *Bundesverfassungsgericht* ribadisce come la Costituzione tedesca tuteli i diritti fondamentali non soltanto come diritti di difesa ma anche quali *Schutzpflichten*, la cui piena realizzazione è demandata ai competenti organi statali, *in primis* al legislatore democratico a cui spetta, in materia, un ambito vasto di apprezzamento discrezionale<sup>5</sup>. Nel caso di specie, quest'ultimo, in violazione di siffatto obbligo di tutela (derivante dal più volte richiamato combinato disposto degli artt. art. 2, comma 1 e 1, comma 1), GG, ha ommesso ogni previsione di una via procedurale attraverso cui rendere effettivo in modo adeguato il diritto alla (sola) conoscenza delle origini biologiche. La possibilità, esistente per chiunque, di intraprendere la via privata allo scopo di ottenere siffatta conoscenza dipende in modo assoluto dal consenso dell'interessato e/o della madre che ne sopporta gli oneri di tutela e di custodia, così che essa si mostra inattuabile quando manchi tale consenso.

---

<sup>5</sup> Necessario, a giudizio del Tribunale di Karlsruhe, è solo la realizzazione di una tutela adeguata, apprestata tenendo conto, tra l'altro, degli altri possibili interessi concorrenti.

Il diritto all' autodeterminazione in materia di dati personali conferisce al singolo il potere di disporre circa la rivelazione e l' utilizzo dei propri dati sensibili, compresi quelli connessi all' identità biologica di un individuo. Giacché esso non beneficia però di una tutela assoluta, può essere ragionevolmente limitato quando lo preveda una legge che intervenga a stabilire, in ogni caso, presupposti ed ampiezza delle limitazioni, nel rispetto del principio di proporzionalità. Con riferimento al caso *de quo*, la generale regolamentazione procedurale deve definire i presupposti sulla cui base possono essere resi pubblici anche dati sensibili che rivelino l' identità biologica di una persona, attraverso la cessione e l' impiego di corrispondenti particelle del corpo come prove di analisi, quando ciò, in relazione a diritti concorrenti, risulti giustificato e proporzionato.

Il diritto alla riservatezza si sostanzia nell' obbligo per gli organi statali di assicurare una tutela al singolo contro la possibilità di accesso a tali informazioni senza il suo consenso, od a sua insaputa. Ciò anche se il fine della condotta -la conoscenza dell' identità biologica del figlio legittimo- sia sostenuto da un interesse qualificato e tutelato dalla Costituzione come diritto fondamentale. Di conseguenza, un test di paternità condotto in segreto con l' ausilio di materiale genetico acquisito senza consenso integra una violazione del diritto alla riservatezza del figlio che vulnera anche i diritti derivanti alla madre dalla sua posizione di soggetto che ha la tutela e la cura del figlio, ex art. 6, comma 2, GG<sup>6</sup>. Né la concorrenza tra siffatti diritti può essere superata secondo l' arbitrio di uno (solo) dei titolari dei diritti in contrasto ma deve essere oggetto di regolamentazione legislativa.

Nel quadro di un bilanciamento di posizioni costituzionalmente rilevanti, l' ordinamento giuridico deve prevedere una soluzione idonea a dare effetto alla volontà di accertamento della paternità biologica da parte del padre legittimo. Né la carenza di una siffatta disciplina può trovare una legittima giustificazione, avendo riguardo unicamente alle posizioni di diritto del figlio e della madre. La tutela di diritti non assoluti non deve avvenire, infatti, secondo la prospettiva del "tutto o niente" ma esige una regolamentazione che statuisca un percorso connotato dalla previsione di presupposti e condizioni in grado di legittimare la pretesa del padre legittimo di

---

<sup>6</sup> ...e in tali oneri di cura è ricompresa anche la decisione se ognuno può assumere ed utilizzare i dati genetici del proprio figlio.

realizzare la conoscenza desiderata<sup>7</sup>. Peraltro, nella procedura mirata a tale accertamento ad essere interessato non sarebbe il diritto del figlio a non far conoscere la propria origine quanto, possibilmente, è la presunzione legale di derivazione dal proprio padre legittimo ad essere posta in discussione attraverso l'esame diagnostico sull'identità biologica del figlio. Il diritto del figlio a non far conoscere i propri dati genetici, seppure gravante nella sfera materiale di tutela del diritto di personalità, risulterebbe in ogni caso di importanza minore rispetto al concorrente diritto del padre alla conoscenza dell'origine biologica. Solo quest'ultimo, infatti, offrirebbe un contributo permanente alla determinazione della identità, tanto del padre come del figlio<sup>8</sup>. Il diritto alla riservatezza dei dati genetici del figlio può giustificare poco un rifiuto permanente, nei confronti del padre legittimo, della conoscenza dell'origine biologica del figlio<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> In tale prospettiva, non si mostra necessario stabilire, pregiudizialmente, se nel diritto del figlio rientri o meno la facoltà di non rendere in assoluto conosciuti i propri dati genetici. Ciò, infatti, non potrebbe giustificare in alcun caso la mancanza di un procedimento che consenta l'accertamento della paternità biologica del figlio legittimo senza che tale conoscenza debbano automaticamente derivare ripercussioni negative sullo *status* di figlio legittimo.

<sup>8</sup> ...seppure non è escluso che particolari condizioni di vita e fasi di sviluppo, nelle quali può trovarsi un figlio, possano, nel singolo caso, giustificare la decisione di prescindere per un tempo limitato e per ragioni connesse al pericolo per il bene del figlio, dall'apertura di un procedimento con cui si deve aiutare la realizzazione del diritto dell'uomo alla conoscenza dell'origine biologica di un figlio.

<sup>9</sup> La questione circa l'esistenza o meno di un diritto del figlio a non far conoscere i propri dati genetici come risvolto negativo del diritto, che egli ha, al libero sviluppo della sua personalità, secondo il combinato disposto degli artt. 2, comma 1 e 1, comma 1, GG, si collega, secondo il Tribunale costituzionale federale, al fatto che la non conoscenza non apre all'individuo la possibilità di entrare in una relazione concreta con altre persone e venire a conoscere, così, di quella relazione familiare a cui riferire la propria identità. L'ambito materiale di tutela di questo diritto comprende, infatti, secondo il Tribunale di Karlsruhe, l'autodeterminazione in materia di trasmissione ed utilizzo dei dati personali. Ma nel caso di dubbi circa la paternità soltanto i dati genetici del figlio confrontati con quelli del padre possono rendere la conoscenza circa la reale origine biologica del primo. Pertanto, una tutela illimitata dei dati genetici di un figlio nei confronti del padre legittimo significherebbe per quest'ultimo il rifiuto della conoscenza di dati personali propri come anche la impossibilità di ottenere da lui la conoscenza dell'origine biologica del figlio. Il padre non può sapere mai se durante il periodo legale di concepimento la madre abbia intrattenuto relazioni sessuali anche con altri uomini. L'interesse legittimo del padre a tale conoscenza, del resto, è rafforzato dalla circostanza che egli assume anche gli oneri di cura nei confronti del figlio. Se tali oneri incombassero unicamente sulla madre, quest'ultima avrebbe il diritto di impedire la conoscenza di tali dati, senza il consenso del figlio, fino a quando al padre non fosse aperta una via procedimentale per mezzo che servisse all'accertamento della paternità biologica.

Il legislatore ordinario non è obbligato a far dipendere sempre l'attribuzione di paternità legittima da un esame diretto ad accertare la paternità biologica del figlio. Nondimeno, il diritto fondamentale di un padre alla conoscenza dell'identità biologica del figlio, ex artt. 2, comma 1 e 1, comma 1 GG, impone allo stesso legislatore di procedere alla generale regolamentazione di un procedimento mirato a chiarire eventuali dubbi circa la paternità biologica, senza necessariamente connettere a tale accertamento effetti giuridici che comportino la perdita dello *status* di figlio legittimo<sup>10</sup>. Lo stesso legislatore assolve ai propri obblighi di tutela soltanto definendo una disciplina che autorizzi la comparazione di dati genetici del figlio con quelli del padre, al fine di pervenire alla conoscenza della reale identità biologica del primo. A tale scopo, non può valere la procedura di contestazione della paternità, ex artt. 1600 e ss. BGB., la cui *ratio* è funzionale alla realizzazione della finalità di cui all'art. 6 comma 2GG (cura ed educazione dei figli come diritto naturale dei genitori), di realizzare cioè una concordanza tra paternità giuridica e paternità biologica<sup>11</sup>. Tale procedura, i cui presupposti, previsti dalla normativa civilistica richiamata, posti in relazione con il (solo) fine della conoscenza dell'origine biologica di un figlio, risultano sproporzionati, non soddisfa in modo costituzionalmente idoneo anche la sola finalità di accertamento della paternità biologica da parte del padre legittimo.

La carenza di uno specifico procedimento finalizzato alla realizzazione del diritto soltanto alla conoscenza della paternità biologica del figlio legittimo non può venire compensata, dunque, dalla previsione (e dall'attivazione) del procedimento di contestazione della paternità<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup>Con tale procedura il legislatore limita il diritto del figlio alla riservatezza, in ragione del diritto del padre rientrante anch'esso nella sfera di tutela delineata dal combinato disposto degli artt. 2, comma 1 e 1, comma 1 GG.

<sup>11</sup>Tale procedura mira a determinare la cessazione della prima allorquando ad essa non risulti corrispondente la paternità biologica. Pertanto, l'accertamento di paternità, in siffatto procedimento, configura solo il mezzo attraverso cui far venire meno la paternità giuridica. Nella specie, all'interesse del padre legittimo, di rimettere le proprie responsabilità attraverso la cessazione di siffatta condizione, si contrappone il diritto del figlio alla conservazione della sua correlazione sociale e familiare. Siffatta procedura, in definitiva, va ben oltre la mera esigenza di conoscere l'origine biologica di un figlio generando ulteriori pretese che, invece, non sono necessarie a meri fini conoscitivi.

<sup>12</sup>D'altro verso, un uomo che intenda contestare la paternità legittima non si trova ancora, secondo il Tribunale costituzionale federale in una situazione di emergenza tale da giustificare la possibilità di procurarsi i dati genetici del figlio e le conoscenze che da ciò potrebbero conseguire anche senza la volontà e la consapevolezza di quest'ultimo o di sua madre

4. Il diritto alla conoscenza della paternità biologica quale diritto condizionato dal punto di vista procedurale.

Le motivazioni a sostegno della decisione del Tribunale costituzionale federale, che confermava la costituzionalità delle argomentazioni addotte nelle sentenze emesse dai giudici di primo e secondo grado, nonché dal *Bundesgerichtshof*, lasciano intravedere alcuni punti critici, a partire dall' originale connessione funzionale tra sviluppo normale della individualità e conoscenza dei dati genetici. Problematico appare anche il riferimento all' art. 1, comma 1 GG (tutela della dignità umana) – seppure in combinato disposto con l' art. 2, comma 1, GG (diritto di personalità)- quale parametro da cui dedurre il diritto fondamentale alla conoscenza della paternità biologica del figlio da parte del padre legittimo.

In fine, apodittica –perché non sostenuta da argomentazioni del tutto convincenti- appare la precisazione della prevalenza del diritto alla conoscenza vantato dal padre legittimo rispetto al diritto del figlio a voler tenere segreta la identità biologica, giungendosi, in fine, alla configurazione del diritto all' autodeterminazione in materia di dati personali come integrato all' interno dello spazio materiale di tutela riferito al combinato disposto degli artt. 2, comma 1 ed 1, comma 1 della Legge fondamentale.

Ma il fuoco dell' attenzione viene qui ad essere concentrato primariamente sul profilo della concretizzazione del diritto e sul condizionamento che all' effettività della tutela connessa è recato dalla necessità dell' intervento legislativo, volto a determinare presupposti, forme e termini di esercizio del diritto alla conoscenza vantato dal padre

<sup>13</sup>. Per il legislatore si tratta di un dovere di tutela cui corrisponde, ad ogni modo, un

---

(violando così il diritto della personalità del figlio), così che tali dati possano trovare utilizzazione nel procedimento giudiziario in materia familiare. Secondo una prassi consolidata, la presentazione di una consulenza relativa al DNA non appare l' unica soluzione possibile per soddisfare le esigenze di rappresentazione nel procedimento di contestazione della paternità ed esporre circostanze che non si lasciano mostrare in modo evidente, in base alle quali si possa provare che non è il ricorrente, ma verosimilmente un altro uomo, il padre biologico del bambino.

<sup>13</sup> Il Tribunale costituzionale federale sottolinea come, in ogni caso, il legislatore sia tenuto a preoccuparsi che nel procedimento di contestazione della paternità l' interesse del bambino, ex art. 6, comma 1 GG, a conservare eventualmente la sua struttura di relazione familiare e sociale, sia tenuto in debita considerazione. In proposito, il legislatore potrebbe assicurare, ad es., che la semplice conoscenza del padre legittimo di non essere anche il padre biologico del bambino non abbia come esito, nel procedimento di contestazione della paternità, la cessazione

largo ambito di scelta discrezionale nel definire le soluzioni più adeguate, anche al fine di realizzare il descritto bilanciamento<sup>14</sup>. Ma la mancata attuazione di un siffatto dovere, che si traduce nella carenza di una generale regolamentazione attuativa, finisce inevitabilmente per ridondare in una corrispondente carenza di tutela giuridica immediata per l' avente diritto e, per il giudice di merito, nella reale impossibilità di conferire consistenza effettiva alla garanzia costituzionale<sup>15</sup>. Alla luce di quanto espresso dalla Corte di Karlsruhe, dunque, anche il diritto alla conoscenza dell' identità genetica si mostra condizionato, quanto alla sua concretizzazione, dall' esistenza di una previa disciplina posta dalla legge ordinaria.

Invero, la sentenza in parola non rivela, nella tecnica adottata, profili di novità rispetto ad altri precedenti, in cui lo stesso giudice ha censurato altri casi di carenza di una disciplina legislativa funzionale atta a conferire specificità ad un diritto e/o principio fondamentale. Nondimeno, alla luce di quanto in essa espresso non è inopportuno chiedersi entro quali limiti l' affermata esigenza di una disciplina procedimentale possa ragionevolmente riguardare anche diritti che sono formalmente svincolati da ogni limitazione connessa alla statuizione costituzionale di una riserva di legge<sup>16</sup>. In particolare, vale interrogarsi sulla questione del se, come ed, eventualmente,

---

della paternità legittima allorquando, per la durata del vincolo sociale e giuridico tra quest' ultimo ed il suo padre legittimo, come anche per la particolare situazione di vita e della fase di sviluppo del bambino, un siffatto esito rechi un grave pregiudizio al bene del bambino stesso.

<sup>14</sup> ... quale, ad es., quella di rimettere al prudente apprezzamento del giudice l' eventuale rifiuto del figlio o della madre alla richiesta di sottoporsi a consulenza medica privata ed, eventualmente, di consentire al giudice stesso, anche attraverso un trasferimento della rappresentanza legale del figlio ad un tutore di rendere praticabile la via per lo svolgimento di una siffatta consulenza medica. Inoltre, il legislatore potrebbe anche prevedere per l' accertamento e la verifica dell' origine biologica una procedura giudiziaria autonoma e separata, da esercitare prima dell' avvio della procedura di contestazione di paternità, ex art. 1600 ss. BGB, in cui i paventati dubbi circa la paternità biologica da parte del padre legittimo dovrebbero essere integrati nel giudizio di merito.

<sup>15</sup> Tale assenza, del resto, come ha spiegato il giudice costituzionale, non giustifica, a titolo di prova, l' acquisizione in forma segreta di informazioni genetiche del figlio che, invece, integra una violazione del suo diritto alla riservatezza. Pertanto esse risultano illegittime ed inutilizzabili davanti al giudice. D' altro verso, la procedura di contestazione della paternità ex art. 1600 ss. BGB è ritenuta incongruente rispetto al caso di specie in quanto ispirata ad una *ratio* differente, che è quella di far coincidere la paternità biologica con quella giuridica.

<sup>16</sup> Rileva peraltro l' incertezza relativa al contenuto della *Wesentlichkeitslehre*, che la giurisprudenza costituzionale federale non concorre a determinare, E. DENNINGER, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX, (3'ed. interamente riveduta ed ampliata), Heidelberg, 2011, p. 621 ss., part. p. 628.

in che misura tali diritti possano ingenerare, in capo al giudice di merito, obblighi di osservanza immediata allorquando la loro tutela in concreto appaia loro impedita dall' assenza della suddetta regolamentazione funzionale.

Sul legislatore democratico grava un vero e proprio dovere di regolamentazione connesso al fatto che più diritti fondamentali risultano concorrenti, con riguardo ad una data fattispecie, cos' che occorre determinare i termini di un bilanciamento tra gli stessi<sup>17</sup>. Nondimeno, un tale "dovere" di legiferare trasfigura anch' esso in un' atto di decisione politica, la cui assenza oltre a non trovare altra sanzione che non sia quella, del tutto eventuale, sul piano della responsabilità politica, priva il singolo della possibilità di rendere effettiva la tutela in sede giurisdizionale del diritto di cui lo stesso è il titolare\*.

Se poi si pensa che la collisione tra interessi concorrenti, comunque riconducibili a presidi di ordine costituzionale, tende a diventare la condizione ordinaria nella società pluralista ed in un ordinamento giuridico statale connotato da un sistema strutturato di diritti e valori costituzionali, la dipendenza dell' effettività di un diritto fondamentale dalla previa regolamentazione legislativa in grado di definire condizioni e limiti del bilanciamento appare sempre più come la regola. Al legislatore viene ad essere intestato, così, un potere di condizionamento dell' efficacia di norme costituzionali fino alla reale eventualità di veder paralizzata a lungo l' efficacia delle disposizioni relative alla tutela dei diritti fondamentali, sterilizzando, di conseguenza, le correlative pretese giuridiche soggettive.

*5. La concretizzazione del diritto alla conoscenza della identità biologica in una recente decisione del giudice costituzionale italiano.*

Una situazione in parte analoga alla fattispecie oggetto della suesposta sentenza dal Tribunale costituzionale federale tedesco è quella esaminata, ancora di recente, dalla Corte costituzionale italiana e decisa con esiti non dissimili da quelli espressi nella citata sentenza dei giudici di Karlsruhe.

---

<sup>17</sup> "wenn miteinander konkurrierende grundrechtliche Freiheitsrechte aufeinander treffen und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind": BVerfGE, 83, 130 (142).

Su iniziativa del Tribunale per i minorenni di Catanzaro il giudice delle leggi è stato chiamato a decidere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), come sostituito dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), in riferimento agli articoli 2, 3, 32 e 117, primo comma Cost., nella parte in cui non prevedeva la possibilità di autorizzare la persona adottata alla conoscenza delle proprie origini biologiche «senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata da parte della madre biologica»<sup>18</sup>.

La medesima questione, sollevata in passato dal Tribunale per i minori di Firenze<sup>19</sup> era stata rigettata dalla Corte costituzionale (sent. n. 425/2005) sul presupposto che la normativa impugnata, punto di arrivo di un'evoluzione legislativa sul tema, non violasse i parametri costituzionali evocati (artt. 2, 3 e 32 della Costituzione). Secondo la Corte, la *ratio* della originaria disciplina originaria era la totale cessazione dei rapporti tra il minore adottato con adozione legittimante e la sua famiglia di origine (fatti salvi i soli impedimenti matrimoniali) come esito dell'attribuzione all'adottato dello stato di figlio legittimo dei genitori adottivi<sup>20</sup>. In seguito, il legislatore era intervenuta a tutelare l'interesse dell'adottato a conoscere le proprie origini, tenendo peraltro in conto l'esistenza di una relazione conflittuale di tale interesse con quello dei genitori naturali e

---

<sup>18</sup> La disposizione denunciata contrasterebbe, in particolare, con l'art. 2 della Costituzione, configurando «una violazione del diritto di ricerca delle proprie origini e dunque del diritto all'identità personale dell'adottato»; con l'art. 3 Cost., stante la irragionevole disparità di trattamento «fra l'adottato nato da donna che abbia dichiarato di non voler essere nominata e l'adottato figlio di genitori che non abbiano reso alcuna dichiarazione e abbiano anzi subito l'adozione»; con l'art. 32 Cost., in ragione dell'impossibilità, per il figlio, di ottenere dati relativi all'anamnesi familiare, anche in relazione ad un (del tutto eventuale...) «rischio genetico»; con l'art. 117, primo comma, Cost., per violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU, come interpretato dalla Corte EDU (sent. del 25 settembre 2012 *Godelli c./ Italia*), la quale ha dichiarato la normativa italiana in contrasto con il predetto art. 8 giacché non realizza un adeguato bilanciamento tra gli interessi contrapposti. Sulla decisione della Corte di Strasburgo, cfr. per tutti D. BUTTURINI, *La pretesa a conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata*, in *Forum di Quad. cost.*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>19</sup> La questione di costituzionalità, nello specifico, investiva, l'art. 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nel testo modificato dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali).

<sup>20</sup>..ex art. 314/26 del codice civile, come introdotto dall'art. 4 della legge 5 giugno 1967, n. 431, e poi sostituito dall'art. 27 della legge 4 maggio 1983, n. 184.

adottivi. La nuova disciplina<sup>21</sup> aveva previsto in capo ai genitori adottivi l'obbligo di informare il minore adottato della sua condizione e assoggettava l'accesso dell'adottato alle informazioni sulle proprie origini ad una serie di presupposti commisurati, tra l'altro, all'età di quest'ultimo ed alle ragioni che sottendevano la volontà di ricerca. Quale norma di chiusura (comma 7 del nuovo art. 28) era sancito, in ogni caso, il divieto di conoscenza dell'origine biologica quando l'adottato non fosse stato riconosciuto alla nascita dalla sua madre naturale e anche uno solo dei genitori biologici avesse espressamente dichiarato di non volere essere nominato, o avesse prestato il suo consenso all'adozione del figlio a condizione di rimanere anonimo.

Con ulteriore modifica legislativa<sup>22</sup>, il divieto per l'adottato di accedere alle informazioni necessarie alla conoscenza della sua identità biologica era stato poi contenuto al solo caso della manifestazione, da parte della madre naturale, della volontà di non essere nominata nella dichiarazione di nascita, ex art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, oggetto della questione di costituzionalità.

L'infondatezza della questione in un primo tempo dichiarata dal giudice delle leggi era stata motivata essenzialmente sulla base dell'assunta ragionevolezza della *ratio* sottostante la disciplina impugnata, diretta "evidentemente" a tutelare la gestante che in situazioni "particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale" avesse deciso comunque di non interrompere la gravidanza (e nel contempo di non tenere con sé il bambino) offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere, nel contempo, l'anonimato nella conseguente dichiarazione di nascita<sup>23</sup>. In tal modo, la Corte manifesta consapevolezza che l'assenza di una siffatta previsione avrebbe rischiato di incrementare il numero delle interruzioni volontarie di gravidanza, anche clandestine o persino un traffico illecito di neonati<sup>24</sup>. Da qui, la giustificazione in termini di ragionevolezza, in quanto posta in una

---

<sup>21</sup> La legge 28 marzo 2001, n. 149, ampiamente modificando la disciplina della ricordata legge del 1983, ha, con l'art. 24, introdotto un nuovo testo dell'art. 28 di tale legge (comma 1).

<sup>22</sup> Art. 177, comma 2, d. lgs. n. 196 del 2003, che ha ancora modificato il comma 7 dell'art. 28.

<sup>23</sup> "... e in tal modo intende – da un lato – assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio, e – dall'altro – distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi": sent. n. 425/05, cit..

<sup>24</sup> "Invero la scelta della gestante in difficoltà che la legge vuole favorire – per proteggere tanto lei quanto il nascituro – sarebbe resa oltremodo difficile se la decisione di partorire in una struttura medica adeguata, rimanendo anonima, potesse comportare per la donna, in base alla

coerente relazione logica e funzionale con la descritta *ratio*, della previsione relativa alla tutela assoluta dell'anonimato della madre naturale<sup>25</sup>.

Con una recente decisione (sent. n. 278/2013), la Corte costituzionale ha delineato un (in parte) nuovo indirizzo, tenuto conto peraltro di quanto espresso, al riguardo, dalla Corte di Strasburgo<sup>26</sup>. Nella circostanza, la Corte costituzionale ha ribadito, in generale, la congruità della *ratio* sottesa alla disciplina (nuovamente) impugnata, di garantire che il parto potesse avvenire nelle migliori condizioni atte a preservare la salute (e la vita) tanto della madre quanto del figlio, dall'altro lato, di prevenire in qualche modo il rischio che una madre, non sentendosi protetta da un diritto all'anonimato, si risolvesse per l'interruzione di gravidanza, considerata la sua espressa e irrevocabile volontà di non tenere il figlio<sup>27</sup>. Tale "nucleo fondante della scelta allora adottata", vale a dire la percezione di una "corrispondenza biunivoca" tra il diritto all'anonimato e la tutela della riservatezza, funzionale a rendere effettivo il primo, viene così in principio confermato<sup>28</sup>. Tuttavia, accogliendo le doglianze espresse nell'

---

stessa norma, il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà": sent. n. 425/05, cit.

<sup>25</sup> Anche le argomentazioni addotte a sostegno di una presunta violazione dell'art. 3 della Costituzione, sul presupposto di una irragionevole disparità di trattamento fra l'adottato nato da donna che abbia dichiarato di non voler essere nominata e l'adottato figlio di genitori che non avessero reso alcuna dichiarazione (e, anzi, avessero subito l'adozione) erano state disattese dalla Corte in quanto "la diversità di disciplina fra le due ipotesi" appariva giustificata dal fatto che solo nella prima ipotesi (non anche la seconda) si prefigurava un conflitto fra il diritto dell'adottato alla propria identità personale e quello della madre naturale al rispetto della sua volontà di rimanere anonima. Al riguardo, v. S. MARZUCCHI, *Dei rapporti tra l'identità dell'adottato e la riservatezza del genitore naturale (in margine alla sent.n. 425 del 2005 della Corte costituzionale)*, in *Rivista AIC*, 2006.

<sup>26</sup> Corte EDU, sent. del 25.9.2012 *Godelli c/ Italia*. Più in generale, la Corte costituzionale non manca di precisare che si tratta, al riguardo, "di questioni di particolare delicatezza, perché coinvolgono ... valori costituzionali di primario rilievo e vedono i rispettivi modi di concretizzazione reciprocamente implicati; al punto che ... l'ambito della tutela del diritto all'anonimato della madre non può non condizionare, in concreto, il soddisfacimento della contrapposta aspirazione del figlio alla conoscenza delle proprie origini, e viceversa": sent. n.278/13.

<sup>27</sup> "E l'irrevocabilità degli effetti di questa scelta venne spiegata secondo una logica di rafforzamento dei corrispondenti obiettivi, escludendo che la decisione per l'anonimato potesse comportare, per la madre, «il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta del figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà»": sent. n.278/13.

<sup>28</sup> "Il fondamento costituzionale del diritto della madre all'anonimato riposa ... sull'esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni, personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare

ordinanza di rinvio, il giudice delle leggi ha rimesso al legislatore il compito di regolamentare la possibilità, da parte del figlio naturale che volesse pervenire alla conoscenza della propria identità biologica, di verificare l'attualità della decisione in favore dell'anonimato espressa all'epoca dalla madre naturale.

Peraltro, e a differenza di quanto ritenuto dalla Corte di Karlsruhe, che nella sentenza richiamata poneva la conoscenza dell'origine biologica in una indispensabile connessione funzionale con lo sviluppo della "individualità", la Corte costituzionale ha evidenziato lo stretto legame funzionale tra il diritto a tale conoscenza (anche come accesso alla propria storia parentale) ed il sistema costituzionale di tutela della persona, di cui il primo costituisce un elemento significativo<sup>29</sup>. In quest'ottica, essa pone ora sotto il fuoco dell'attenzione il "profilo, per così dire, "diacronico" della tutela assicurata al diritto all'anonimato della madre". Così ad essere fatto oggetto di censura da parte della Corte è l'effetto di "cristallizzazione" o di "immobilizzazione" che la decisione a favore dell'anonimato, espressa a suo tempo dalla madre naturale, si mostra in grado di produrre, così pregiudicando in modo definitivo ed irreversibile il concorrente diritto (del figlio) a poter conoscere la propria identità biologica<sup>30</sup>. Ad essere viziato di incostituzionalità non è dunque il fondamento di siffatta disciplina

---

l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili. La salvaguardia della vita e della salute sono, dunque, i beni di primario rilievo presenti sullo sfondo di una scelta di sistema improntata nel senso di favorire, per sé stessa, la genitorialità naturale": sent. n.278/13.

<sup>29</sup> "E il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale. Elementi, tutti, affidati alla disciplina che il legislatore è chiamato a stabilire, nelle forme e con le modalità reputate più opportune, dirette anche a evitare che il suo esercizio si ponga in collisione rispetto a norme – quali quelle che disciplinano il diritto all'anonimato della madre – che coinvolgono ... esigenze volte a tutelare il bene supremo della vita": sent. n.278/13.

<sup>30</sup> "...una volta intervenuta la scelta per l'anonimato, infatti, la relativa manifestazione di volontà assume connotati di irreversibilità destinati, sostanzialmente, ad "espropriare" la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione; trasformandosi, in definitiva, quel diritto in una sorta di vincolo obbligatorio, che finisce per avere un'efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare e, dunque, per proiettare l'impedimento alla eventuale relativa rimozione proprio sul figlio, alla posizione del quale si è inteso, ab origine, collegare il vincolo del segreto su chi lo abbia generato.". " Tutto ciò è icasticamente scolpito dall'art. 93, comma 2, del ricordato d.lgs. n. 196 del 2003, secondo cui «Il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata avvalendosi della facoltà di cui all'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento»": sent. n.278/13.

normativa, l' esigenza, cioè, di "prevenire turbative nei confronti della madre in relazione all'esercizio di un suo "diritto all'oblio" ", come anche "di salvaguardare *erga omnes*", nel contempo, la riservatezza circa l'identità della madre<sup>31</sup>. Ma siffatta *ratio* non vale ora a giustificare, sul piano della legittimità costituzionale, la soluzione legislativa contestata<sup>32</sup>. In particolare, la Corte ritiene che la definitiva rinuncia alla genitorialità giuridica non implica necessariamente analoga rinuncia per la genitorialità naturale<sup>33</sup>. L'anonimato va posto in relazione unicamente con l'efficacia definitiva della rinuncia alla genitorialità giuridica, risultando irragionevole se tale definitività dovesse riferirsi anche a quella biologica, rispetto a cui, invece, l'espressione di volontà a favore dell'anonimato potrebbe essere nel tempo sempre suscettibile di revoca "(in seguito alla iniziativa del figlio").

In tale ottica, la scelta del legislatore è apparsa alla Corte censurabile perché eccessivamente rigida, poiché "non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127) – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione"<sup>34</sup>. Alla legge, in conclusione, è fatto carico di introdurre

---

<sup>31</sup> "... considerata ... esposta a rischio ogni volta in cui se ne possa cercare il contatto per verificare se intenda o meno mantenere il proprio anonimato: ": sent. n.278/13.

<sup>32</sup> Secondo la Corte, infatti, "né l'una né l'altra esigenza può ritenersi dirimente: non la prima, in quanto al *pericolo di turbativa della madre corrisponde un contrapposto pericolo per il figlio, depauperato del diritto di conoscere le proprie origini*; non la seconda, dal momento che *la maggiore o minore ampiezza della tutela della riservatezza resta, in conclusione, affidata alle diverse modalità previste dalle relative discipline, oltre che all'esperienza della loro applicazione*": sent. n.278/13.

<sup>33</sup> "ove così fosse ... risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost.": sent. n.278/13.

<sup>34</sup> Al riguardo, la Corte fa riferimento alla citata giurisprudenza della Corte EDU ("sentenza Godelli"), in cui si è "stigmatizzato che la normativa italiana non darebbe «alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto», a differenza di quanto, invece, previsto nel sistema francese, scrutinato, in parte qua, nella sentenza 13 febbraio 2003, nel "caso Odièvre" Ma lo stesso giudice osserva", quanto al primo rilievo, che il già citato art. 93 del d.lgs. n. 196 del 2003 prevede espressamente, al comma 3, la comunicabilità, in ogni tempo (e nel termine di cento anni fissato per il segreto), delle informazioni "non identificative" ricavabili dal certificato di assistenza al parto o dalla cartella clinica, *tuttavia ancorandola soltanto*

apposite disposizioni volte a rendere effettiva la possibilità di una verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nel contempo, a “cautelare in termini rigorosi il suo diritto all’anonimato, secondo scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica di cui innanzi si è detto”.

#### 6. Immediatezza della tutela costituzionale e diritti dipendenti dalla legge: un ossimoro costituzionale?

Al di là di ogni valutazione di merito che possa compiersi circa la congruità delle argomentazioni esposte dal giudice costituzionale nazionale, relativamente alla decisione appena richiamata (che, peraltro, convincono molto poco), risalta ancora una volta lo stato di dipendenza funzionale della tutela costituzionale a favore del singolo dall’ intervento legislativo<sup>35</sup> necessario a definire, nella specie, la disciplina funzionale di concretizzazione dei diritti in questione. Con il ricorso ad una “additiva di principio”<sup>36</sup> la Corte costituzionale italiana, come la Corte tedesca, censura la carenza di una disciplina procedurale mirata ad integrare il novero degli elementi necessari a conferire effettività alla tutela costituzionale del titolare del diritto, rimettendo poi al legislatore ogni determinazione in merito alla via da seguire.

Si rende così evidente come il tema dei rapporti tra concretizzazione dei diritti costituzionali ed intervento legislativo assuma connotazioni peculiari in ragione,

---

*all’osservanza, ai fini della tutela della riservatezza della madre, delle relative «opportune cautele per evitare che quest’ultima sia identificabile».*

Resta evidente che l’apparente, quanto significativa, genericità, o elasticità, della formula «opportune cautele» sconta l’ovvia – e sia pure non insormontabile – difficoltà di determinare con esattezza astratte regole dirette a soddisfare esigenze di segretezza variabili in ragione delle singole situazioni concrete. *Altrettanto evidente che debba, inoltre, essere assicurata la tutela del diritto alla salute del figlio, anche in relazione alle più moderne tecniche diagnostiche basate su ricerche di tipo genetico. Il vulnus è, dunque, rappresentato dalla irreversibilità del segreto.*”: sent. n.278/13.

<sup>35</sup> In generale, di dipendenza dalla legge dei diritti fondamentali parla M. JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, 1999, p. 30.

<sup>36</sup> In generale, sulla tipologia delle decisioni della Corte costituzionale si rinvia, per tutti, a E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013, p. 142 ss. Peraltro, per un’ analisi dell’ attività istruttoria che sottende le decisioni della Corte relative al sindacato sulle leggi, si confronti G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012, part. p. 218 ss.

principalmente, della percezione incrementale della Costituzione quale ordinamento di valori, in grado di spiegare un'efficacia conformativa in ogni settore dell'esperienza giuridico-sociale. Il richiamo ad una costituzionalizzazione dell'ordinamento<sup>37</sup> appare, in tal senso, icastico di una linea di tendenza che porta a ricondurre sotto il cappello delle previsioni costituzionali ogni espressione dell'esperienza sociale. Di contro, appare recessiva l'idea della Costituzione come limite, sistema di regole fondamentali (*Rahmensordnung*), nel cui rispetto viene a spiegarsi il largo spettro della dialettica politico-democratica<sup>38</sup>.

Nell'ottica richiamata, la legge assume sempre di più la funzione di strumento di attuazione dei valori costituzionali, operando in una dimensione -per così dire- necessariamente e generalmente complementare alla realizzazione del disegno costituzionale complessivo. Con riguardo specifico ai diritti fondamentali, poi, la posizione di necessaria complementarietà viene ad essere esaltata, in primo luogo, dalla estrema genericità e vaghezza delle prescrizioni costituzionali attinenti ai diritti<sup>39</sup>, quindi dalla natura strutturalmente condizionata di alcuni diritti sul piano procedurale e/o organizzativo (diritto di asilo, diritto al giusto processo, libertà dell'arte, etc.)<sup>40</sup>. In fine, dall'esigenza di stabilire le forme di un bilanciamento tra la pluralità di diritti ed interessi, di rilievo costituzionale, concorrenti nella regolamentazione di una determinata fattispecie.

In tale prospettiva, sembra trovare conferma l'idea, delineata, tra gli altri, da *Adolf J. Merkl*, della *Stufenbau* dell'ordinamento giuridico statale quale sistema di rapporti tra norma delegante e norma delegata<sup>41</sup>. La progressiva determinazione della tutela

---

<sup>37</sup> Sul punto, v. per tutti E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik* (1990), ora anche in ID., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a. M., 1991, p. 159 ss., part. p. 175 ss.

<sup>38</sup> Al riguardo, per una declinazione plurima del concetto di Costituzione, cfr. da ultimo U. VOLKMANN, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 2013, p. 7 ss., p. 50 ss.. Per una prospettazione della Costituzione quale *Rahmensordnung* si rinvia, in particolare, al pensiero di E.-W. Böckenförde, *Die Methode der Verfassungsinterpretation* (1976), ora anche in ID., *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., p. 53 ss., part. p. 58.

<sup>39</sup> In tal senso, cfr. anche J. ISENSEE, *Verfassungsrecht als »politisches Recht«* in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VII, Tübingen, 1992, § 162, Rdn. 51.

<sup>40</sup> Su cui E. Denninger, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, cit., p. 628.

<sup>41</sup> A.J. MERKL, *Zum Interpretationsproblem* (1916) ora anche in ID., *Gesammelte Schriften*, Bd. I/1, Berlin 1993, p. 63 ss.

connessa ai diritti costituzionali viene a realizzarsi attraverso la concatenazione funzionale di attribuzioni, riconducibili a livelli articolati in senso gerarchico di produzione normativa, la cui unitaria rappresentazione si giustifica in ragione dell'effetto ultimo di concretizzazione<sup>42</sup>.

Del resto, il tema specifico dei rapporti tra prescrizione costituzionale dei diritti fondamentali e disciplina legislativa di attuazione, ai fini di una concretizzazione in sede giurisdizionale dei primi<sup>43</sup> ha costituito oggetto di una lunga e dibattuta riflessione dottrinale, in riferimento al profilo delle potenzialità esegetiche multiple che la singola prescrizione di diritto è in grado di sostenere<sup>44</sup>, come anche a quello, già menzionato (v. *supra*), relativo all' esistenza di diritti condizionati dal punto di vista della procedura attuativa o di un assetto organizzativo funzionale<sup>45</sup>. Tale tema ha investito, in fine, la questione dei limiti di competenza del diritto giurisprudenziale<sup>46</sup>.

Ma, ben oltre l' attenzione alla tecnica decisionale adottata dal giudice costituzionale, ciò che lascia non poco perplessi è la sostanziale dipendenza della portata effettiva della disciplina costituzionale dall' intervento del legislatore. In quest' ottica, tende a rappresentarsi come una sorta di ossimoro giuridico l' affermazione del vincolo immediato di osservanza che i diritti costituzionali sono in grado di imporre ai poteri dello Stato -e, dunque, anche a quello giurisdizionale. Ciò non potrebbe lasciar ignorare gli esiti che, sul piano della (mancata) effettività giuridico-soggettiva, conseguirebbe ad una protratta assenza di siffatta regolamentazione funzionale<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> „...Jede derartige Stufe bedeutet eine Etappe der Materialisierung und Konkretisierung der ursprünglich an der Grenze der Abstraktheit stehenden Rechtsform bis zur Rechtsanwendung, die den Grenzfall der Konkretheit bedeutet“ A. J. MERKL (1931), citato in M. JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, cit., p. 21 (nota n. 56).

<sup>43</sup> In generale, sul concetto di concretizzazione della Costituzione v. per tutti K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Ristampa della 20`ed., Heidelberg 1999, p. 25 ss.

<sup>44</sup> Al riguardo, cfr. W. HÖFLING, *Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*, Berlin, 1987, *passim* (ma, in part. p. 98 ss.).

<sup>45</sup> Su quest' ultimo punto, v. ancora E. DENNINGER, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, cit., p. 621 ss.

<sup>46</sup> ...su cui, v. per tutti C. GÖLDNER, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, Berlin, 1969, part. p. 67 ss..

<sup>47</sup> Una tale incongruenza si è resa particolarmente evidente, ad es., nel noto “caso-Welby”, dove il giudice pur riconoscendo l' esistenza di un diritto costituzionalmente tutelato all' interruzione delle cure, di cui il ricorrente era titolare, disattese l' istanza avanzata dal ricorrente per carenza della necessaria regolamentazione legislativa volta a definire, in buona sostanza, le modalità

Nondimeno, l'istanza di bilanciamento di valori costituzionali implicati in una fattispecie sottoposta a giudizio, non parrebbero tuttavia necessariamente impedire al giudice l'esercizio di un'attività di interpretazione del diritto mirata alla ricerca di una soluzione, anche nel silenzio del legislatore. A venire in rilievo, in ultima analisi, è la integrità del modello organizzativo dello Stato di diritto, fondato sulla distinzione/separazione dei poteri, che investe il legittimo esercizio delle rispettive attribuzioni sotto l'imperio della disciplina costituzionale. Quest'ultima, in quanto dotata di portata normativa, rientra senz'altro nel materiale che il giudice di merito è chiamato ad interpretare per giungere all'emissione del giudizio.

Ora, è un dato incontestato che la tutela dei diritti fondamentali costituisca uno dei compiti fondamentali, oltre che integrare un obiettivo dello Stato costituzionale di diritto<sup>48</sup>. Essa si pone, per altro verso, come il punto finale di un impegno articolato, comprendente l'esercizio di attribuzione distinte ed autonome, riservate alla competenza propria di differenti poteri dello Stato. La carenza di alcuno dei presupposti giuridici di un diritto fondamentale si mostra, in via di principio, in grado di paralizzare la corrispondente pretesa giuridica soggettiva, inibendo l'effettività della tutela<sup>49</sup>. Tali presupposti integrano "condizioni di possibilità" della garanzia costituzionale conferendo concretezza alla pretese di validità dei diritti fondamentali davanti all'autorità giurisdizionale<sup>50</sup>.

Nessun dubbio, dunque, che tali diritti possano imporre -come nel caso del diritto alla conoscenza dell'identità biologica- al legislatore un intervento finalizzato a porre in essere la necessaria disciplina funzionale<sup>51</sup>. Quest'ultima, oltre a specificare l'ambito materiale della garanzia connessa al diritto in questione, rappresenta la scelta di bilanciamento operata dall'organo rappresentativo tra interessi e pretese costituzionali

---

organizzative e procedurali per l'esercizio di tale diritto. In merito, sia consentito, anche per gli ulteriori riferimenti dottrinali, il rinvio a - ID., *L'attuazione dei diritti fondamentali tra legge e sentenza*, in AA.VV., *Atti di produzione normativa e separazione dei poteri*, a cura di Francesco Raffaello De Martino, AGR Editrice, Ripalimosani (CB), 2012, p. 63 ss..

<sup>48</sup> J. ISENSEE, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen*, in Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX, (3<sup>a</sup> ed. interamente riveduta ed ampliata), Heidelberg, 2011, p. 266 ss., part. p.281.

<sup>49</sup> J. ISENSEE, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen*, cit., p. 283.

<sup>50</sup> J. ISENSEE, *ibidem*, p. 287.

<sup>51</sup> Così anche M. JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, cit., p. 29 (Tali leggi infatti "bestimmen, nach Art dynamischer Verweisungen, ob und inwieweit ihre Gewährleistungen Konturen und Substanz, Wirksamkeit und Grenzen nach Maßgabe des Gesetzesrechts erfahren" ...).

concorrenti. L' applicazione in sede giurisdizionale del diritto fondamentale rappresenta il segmento finale del processo di progressiva concretizzazione della tutela primariamente assicurata dal dettato costituzionale. In siffatta prospettiva, non viene meno la consapevolezza che le singole prescrizioni dei diritti tendono a configurarsi quali direttive normative bisognose di ulteriore determinazione attraverso successivi atti normativi di livello sub-costituzionale<sup>52</sup>.

Ma quanto detto finora, se vale a precisare il ruolo indefettibile che il legislatore è chiamato a svolgere nel processo di concretizzazione di tali diritti non consente, d' altro verso, di far ritenere superata la questione relativa alla loro efficacia immediata, nel caso singolo, pure in assenza di una previa regolamentazione generale. Per tornare alla fattispecie del diritto di conoscenza dell' identità biologica, la effettività condizionata di quest' ultimo ha finito per sterilizzare la pretesa soggettiva fondata sulla titolarità del diritto, in attesa dell' intervento del legislatore ordinario.

Ma questa decisione (come fu, del resto, quella adottata dal Tribunale di Roma nel caso-Welby) ha di fatto sancito una sorta di complementarietà sostanziale del diritto costituzionale al diritto di fonte legislativa. Occorre domandarsi, nondimeno, se alla rilevata carenza di una generale regolamentazione, ai fini dell' applicazione di diritti fondamentali, la cui esistenza non sia controversa, il giudice di merito avrebbe potuto in qualche modo sopperire con un processo interpretativo adeguato, destinato, in ultima analisi, a rendere la regola vigente per il caso singolo.

#### *7. Diritti condizionati e teoria dell' idoneità funzionale: una base argomentativa "a doppia lettura".*

Come si è detto, la questione della concretizzazione dei diritti costituzionali giunge a toccare da vicino il profilo dello Stato di diritto e delle relazioni tra i diversi Poteri dello Stato, come anche quello della effettività delle garanzie predisposte dalla Costituzione a favore del singolo. In quanto norme dell' ordinamento giuridico, infatti, diritti costituzionali postulano l' integrità dell' assetto organizzativo dello Stato democratico che al legislatore rappresentativo, in primo luogo, imputa la competenza a

---

<sup>52</sup> V. ancora J. ISENSEE, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen*, cit., p.295.

dettare la generale disciplina attuativa. Al giudice “sottoposto alla legge” (art. 101 Cost.) spetta, in ogni caso, un potere di interpretazione dei diritti fondamentali, funzionale non soltanto alla verifica di conformità a Costituzione della disciplina legislativa da applicare nel caso di specie. In tale potere rientra anche quello, più generale, di concretizzazione degli stessi quando sia machi o sia carente la generale regolamentazione attuativa, con riguardo alla fattispecie astratta considerata. Ciò in quanto la capacità dei diritti in questione di assicurare, al livello più alto della gerarchia delle fonti, la tutela delle posizioni giuridiche soggettive che su di essi si fondano non sembra andare mai disgiunta dal carattere immediato di tale tutela, in considerazione tra l’ altro della capacità –derivante dalla natura intrinseca dell’ ordinamento giuridico in quanto privo di lacune- di realizzare in ogni caso tale effetto di garanzia attraverso i poteri integrati nell’ assetto organizzativo statale.

Nessuna rilevanza euristica parrebbe avere, in senso contrario, il richiamo alla teoria della “idoneità funzionale” dello Stato<sup>53</sup>. Nella specie, a venire in discussione non è, a ben vedere, la premessa secondo cui l’ attuazione dei diritti fondamentali non possa avvenire in deroga ai canoni dello Stato di diritto, in particolare al principio di separazione/distinzione delle funzioni e dei poteri. In proposito, valga quanto già detto in merito all’ integrità di un siffatto principio (v. *supra*) che non verrebbe, perciò, a subire vulnerazione alcuna dall’ esercizio del potere di concretizzazione da parte del giudice. Vero è che se la democrazia postula, quale condizione essenziale, la libertà, si tratta, in ogni caso, di libertà giuridica, che non può essere garantita e resa effettiva se non attraverso lo Stato-ordinamento e secondo le forme del suo agire<sup>54</sup>. Ciò, tuttavia, ha il senso di specificare quanto il riferimento ai diritti fondamentali lascia *ex sé* prefigurare, vale a dire che essi trovano garanzia unicamente all’ interno dell’ ordinamento giuridico-positivo, escludendosi, di conseguenza, una priorità dell’ obiettivo di tutela dei diritti rispetto all’ integrità dell’ assetto organizzativo dello Stato.

---

<sup>53</sup> ...di cui un significativo richiamo in M. KRIELE, *Grundrechte und demokratischer Gestaltungsraum*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX, cit., p. 184 ss., part. p. 215 ss.

<sup>54</sup> Come rileva espressamente lo stesso Tribunale di KARLSRUHE “*Das Grundgesetz begründet eine Schutzpflicht nicht nur gegenüber dem Einzelnen, sondern auch gegenüber der Gesamtheit aller Bürger*”: BVerfGE, 46, 160 (165).

Nondimeno, se si muove dall' assunto che la concretizzazione dei diritti anche in carenza di una legislazione attuativa funzionale non implichi alcuna lacerazione del principio dello Stato di diritto, non trattandosi, nella specie, di una surroga del giudice nelle funzioni proprie del legislatore democratico, il richiamo alla teoria funzionale dello Stato vale a poco, per escludere una siffatta soluzione. Anzi, a ben vedere, proprio a tale teoria potrebbe farsi riferimento per sostenere la tesi opposta, favorevole all' immediata effettività della tutela connessa ai diritti costituzionali<sup>55</sup>, argomentando, questa volta, a partire dall' esigenza di adempimento dei compiti fondamentali dello Stato, rispetto a cui il modello organizzativo risulta, in qualche modo, funzionale<sup>56</sup>. In tale prospettiva, allora, non parrebbe incongruo riconoscere in capo al giudice il potere di concretizzazione "diretta" dei diritti, sia pure limitato all' esigenza di decisione del caso singolo, sopperendo alla carenza di una specifica regolamentazione legislativa attraverso un' interpretazione di norme giuridiche in grado di fondare razionalmente i diversi passaggi strumentali per pervenire con argomentazioni congrue all' esito della controversia. Al giudice di merito spetterebbe di ricavare, dal complesso normativo richiamato le "rime obbligate" di un ragionevole bilanciamento tra posizioni giuridiche apparse concorrenti nella fattispecie in questione eventualmente configurando, attraverso argomentazioni congrue e normativamente sostenute, anche i necessari passaggi procedurali che il legislatore ha, fino ad allora, omesso di determinare.

8. *La sentenza come atto di concretizzazione dei diritti condizionati. Aspetti problematici di una ipotesi ricostruttiva.*

Il riferimento alla sentenza come possibile forma di concretizzazione di diritti fondamentali (condizionati e non condizionati), anche in carenza della richiesta regolamentazione funzionale è una tesi che presta senz' altro il fianco a dubbi, a partire da quello –in dottrina sovente evocato- relativo alla possibile violazione del principio di separazione dei poteri quale cardine organizzativo dello Stato di diritto. Il principale

---

<sup>55</sup> Non è un caso, infatti, che il Tribunale costituzionale federale abbia fissato un termine, nella decisione, entro cui il legislatore avrebbe dovuto adottare la regolamentazione ritenuta necessaria.

<sup>56</sup> In tema, anche con riguardo al contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, v. B. CELANO, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, Bologna 2013, p. 150 ss.

rilievo attiene alla natura realmente normativa che verrebbe ad assumere, nell' ipotesi che si considera, la decisione del giudice.

Siffatta obiezione, tuttavia, risulta a ben vedere, poco congruente sul piano generale, ed anche, per le considerazioni innanzi formulate, con specifico riguardo all' ipotesi che si considera. Sul primo versante, infatti, essa parrebbe inibire ogni possibilità di formazione del diritto giurisprudenziale, andando così in contrario avviso rispetto ad una esperienza connotata sovente dall' esistenza di un tale diritto quale conseguenza di una specifica volontà del legislatore di fare ricorso a "clausole aperte".

Sul versante della questione che si considera, invece, l' integrità del modello organizzativo dello Stato di diritto non parrebbe posta in pregiudizio dalla eventuale portata normativa della decisione, i cui effetti resterebbero comunque circoscritti alla sola composizione degli interessi antagonisti rilevanti nel caso singolo. Anche in proposito, il giudice parrebbe muoversi entro una sfera di legittimo esercizio della funzione giurisdizionale, così che al legislatore non sarebbe mai impedito di adottare, anche successivamente alla decisione, una regolamentazione generale attuativa che operasse scelte di bilanciamento o intraprendesse soluzioni, anche procedurali, differenti rispetto a quelle recate in sentenza, purché conformi al dettato costituzionale. La sentenza, di contro, realizzerebbe una concretizzazione di diritti costituzionali con effetto limitato, anche nell' ipotesi di inerzia, protratta nel tempo, del legislatore rappresentativo.

Nemmeno varrebbe obiettare circa l' impossibilità, dichiarata dal giudice costituzionale<sup>57</sup>, di giustificare sul piano della legittimità costituzionale l' esistenza di un diritto di formazione giurisprudenziale. L' avversione nei confronti del diritto di "fonte" giurisprudenziale nel nostro ordinamento, da cui deriva "il difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale", riposa sul principio della separazione dei poteri "specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge" <sup>58</sup>. Ciò, secondo la Corte

---

<sup>57</sup> Si tratta della (ormai) nota sentenza n. 230/2012 della Corte costituzionale, in tema di deroga al principio della irretroattività della legge penale.

<sup>58</sup> Corte cost., sent. n. 230/2012 cit., parte finale del "Considerato in diritto". Pertanto – prosegue la Corte "Al pari della creazione delle norme .... Anche la loro abrogazione non può ...

costituzionale, vale a smentire qualsiasi analogia tra la successioni nel tempo delle leggi e quella, invece, di indirizzi giurisprudenziali contrastanti. A venire in gioco, nella circostanza, è essenzialmente la tutela di un assetto organizzativo che affida al Parlamento rappresentativo il potere primario di normazione e contenendo, di conseguenza, l' apporto del cd. diritto giurisprudenziale unicamente entro l' orizzonte dell' interpretazione del diritto vigente.

Ma a prescindere dal fatto che una linea ricostruttiva opposta a quella espressa dalla Corte italiana ha seguito, invece, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, vale qui ribadire soltanto come nessun diritto giurisprudenziale possa conseguire dall' effetto di concretizzazione circoscritto alla decisione del caso concreto. Nell' ipotesi che si delinea, pertanto, l' atto di decisione del giudice non trasfigura in atto fonte del diritto.

Così, dalle motivazioni esposte nella linea di ragionamento seguita dalla Corte non sembrano evincersi, per il giudice di merito, limiti specifici nell' interpretazione ed applicazione del diritto (e dei diritti fondamentali). Né la stessa lascia prefigurare vincoli peculiari sul piano del metodo interpretativo, in modo da orientare ogni elaborazione in via deduttiva di passaggi procedurali necessari ai fini della concretizzazione di un singolo diritto.

L' unica obiezione che appare più congruente attiene al fatto che l' esercizio del potere di concretizzazione, in casi come quelli esaminati, implica nell' effetto il rischio di determinare esiti e trattamenti differenti di fattispecie uguali o analoghe. Ma anche tale obiezione è destinata a cadere quando si pensi che un siffatto rischio appare del tutto fisiologico rispetto ad un assetto organizzativo fondato sulla pluralità delle giurisdizioni, oltre che sull' autonomia e l' indipendenza dei singoli giudici. Pertanto, nessun giudice è formalmente vincolato da un percorso interpretativo ed argomentativo compiuto da un altro giudice, anche con riguardo a fattispecie uguali dedotte in giudizio. In tale contesto, la previsione di un giudice della nomofilachia è l' esatto riconoscimento della opportunità di riservare alla competenza di un organo giurisdizionale il potere di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione

---

*dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (...)"*.

della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale", oltre che "il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni" (r.d. 30/01,1941 n. 12, art. 65). Ma, vale ribadire, anche le sentenze di questo giudice non determinano vincoli di osservanza, sul piano del diritto costituzionale, per gli altri giudici.

## 9. Conclusioni.

La giurisprudenza costituzionale sopra richiamata, tanto quella tedesca quanto quella della Corte italiana giustifica dunque lo spessore problematico relativo al tema di una tutela effettiva dei diritti fondamentali, soprattutto rende evidente come quest'ultima non sempre possa ascrivere all'efficacia immediata delle relative prescrizioni costituzionali<sup>59</sup>. In particolare in quanto concerne i diritti condizionati –tra cui, quello alla conoscenza delle proprie origini biologiche, preso in esame nelle summenzionate decisioni dei giudici costituzionali tedesco ed italiano- sembra registrarsi una sorta di transito effettivo dalla costituzionalità delle leggi alla legalità della Costituzione, per parafrasare il titolo di un noto lavoro di *Walter Leisner* degli anni '60<sup>60</sup>.

Quanto tutto ciò risponda esattamente alle aspettative del Costituente o, comunque, si ponga in piena sintonia con la natura di Legge fondamentale della Costituzione, resta piuttosto controverso. Il dato problematico essenziale, sullo sfondo di un modello che configura la concretizzazione come l'esito di un processo di progressiva specificazione della portata deontica di singoli diritti, investe la natura eventuale della realizzazione della pretesa giuridica soggettiva, quando la stessa, pur poggiando su un diritto fondamentale, si scontri con l'assenza di una disciplina legislativa attuativa del diritto reclamato. Tale incertezza si mostra strutturale in quanto funzionalmente dipendente dalla natura politica della determinazione legislativa, la cui realizzazione è eventuale, anche in presenza di un pronunciamento censorio del giudice costituzionale.

Le argomentazioni esposte dalle Corti adite postulano, a ben vedere, una percezione della legge secondo la prospettiva strettamente giuridico-positiva, come

---

<sup>59</sup> Per una configurazione del diritto costituzionale concretizzato come diritto primario in sintonia con la Costituzione, cfr. ancora M. JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, cit., p. 17.

<sup>60</sup> W. LEISNER, *Von der verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung*, Tübingen, 1964, in cui rileva l'idea della „*Verfassung nach Gesetz*“ (p. 26 ss).

atto normativo (necessario ad integrare il processo di concretizzazione). Qui, tuttavia, si rende palese l' aporia, sul piano pratico, della distinta configurazione della legge-fonte del diritto (punto di vista giuridico-positivo) ed atto di decisione politica (punto di vista politico). Siffatta distinzione, se conserva significato sul piano dogmatico nell' ottica del positivismo giuridico, tradisce un' intrinseca debolezza speculativa quando la si proietti sull' orizzonte problematico della tutela effettiva dei diritti condizionati. Ignorare infatti la suddetta strutturale incertezza che accompagna ogni *iter* legislativo, quanto al suo compiersi ma anche quanto ai contenuti della decisione politica che lo connota equivale, in buona sostanza, ad accettare il rischio di una protratta paralisi di tale tutela e, così, delle pretese giuridiche soggettive ad essa connesse.

L' esistenza di una regolamentazione legislativa generale quale presupposto della tutela, in un contesto dove l' incrementale complessità del catalogo dei diritti conduce alla regola di un bilanciamento dinamico e permanente degli stessi, non neutralizza ogni rischio di potenziale pregiudizio all' intero sistema ordinamentale ed, anzi, accentua i dubbi sull' immediatezza della garanzia costituzionale. Lo iato teorico sussistente tra la prescrizione della garanzia e la pretensibilità condizionata dei diritti davanti all' autorità giurisdizionale realizza, a ben vedere, una debolezza dello Stato costituzionale democratico e nutre la visione di una sempre progressiva trasfigurazione della Carta del ' 48 da Costituzione dei diritti in una Costituzione dei (soli) poteri<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> ...parafrasando il titolo di un noto lavoro di M. LUCIANI, *La "costituzione dei diritti" e la "costituzione dei poteri"*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, vol. II, p. 497 ss.